

Trabajo Fin de Grado

Engaño como primer elemento del tipo
objetivo de la estafa.

Autora

Cristina Artieda Martín

Director

D. José Antonio Parroqué Lázaro

ABSTRACT:

This essay addresses fraud as a crime against property, in particular, one of its elements, trickery. In order to do this, it influences different theories developed by authors and jurisprudence about the definition of trickery itself, the criminal concept of trickery in this crime, thesis about causality and other behaviors in which this crime can be committed and that produces interesting debates between authors.

RESUMEN:

Este trabajo trata el delito de estafa, en concreto, uno de los elementos del tipo objetivo, el engaño. Para ello, incide en las diferentes teorías presentadas por la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto de engaño, el concepto de engaño típico, pasando por las diferentes teorías de la causalidad, y otras conductas comisivas que suscitan interesantes debates doctrinales.

I. INTRODUCCIÓN	4
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO	4
2. RAZÓN DE LA ELECCION DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	4
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	4
II. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	5
1. CONCEPTO.....	5
2. ELEMENTOS DEL TIPO.....	6
III. DELIMITACIÓN DEL ENGAÑO TÍPICO	6
1. CONCEPTO DE ENGAÑO.....	7
1.1. Engaño como influjo creador de un error.....	7
A) <i>Principales posiciones doctrinales</i>	7
B) <i>Crítica a las corrientes anteriores</i>	8
1.2. Engaño como conducta con valor declarativo.....	9
A) <i>Principales posiciones doctrinales</i>	9
B) <i>Crítica a las corrientes anteriores</i>	9
1.3. Engaño como concepto vinculado con la infracción de un deber de veracidad	12
A) <i>Principales posiciones doctrinales</i>	12
B) <i>Crítica a las corrientes anteriores</i>	14
2. DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO BASTANTE.....	16
2.1. Teorías sobre el engaño bastante.....	17
A) <i>Teoría del «mise en scène»</i>	17
a) <i>Francia</i>	17
b) <i>Italia</i>	18
c) <i>España</i>	19
B) <i>Teoría de la simple mentira o fórmula abierta</i>	20
C) <i>Estafa como quiebra de la buena fe en el tráfico jurídico</i>	22
2.2. Eficacia del engaño bastante en la inducción al error.....	23
A) <i>Teoría de la equivalencia de condiciones</i>	24
B) <i>Teoría de la causalidad adecuada</i>	25

<i>C) Teoría de la imputación objetiva.....</i>	26
<i>a) Creación de un «peligro jurídicamente desaprobado» para la producción del resultado.....</i>	26
<i>b) Que el peligro creado por la acción se concrete en la realización del resultado.....</i>	26
<i>c) El riesgo creado no es el permitido por la norma penal.....</i>	27
<i>d) Determinación del alcance de la norma penal.....</i>	28
IV. OTRAS FORMAS COMISIVAS	30
1. ACCIONES CONCLUYENTES.....	30
2. SILENCIO Y COMISIÓN POR OMISIÓN.....	33
V. CONCLUSIONES	37
VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS	
DOCUMENTALES	42
1. BIBLIOGRAFÍA	42
2. WEBGRAFÍA	43
VII. JURISPRUDENCIA	43

ABREVIATURAS.

§

Art./arts.

Coord./coords.

CP

Dir.

Ed.

FJ

Infra

Nº

Op. cit.

p./pp.

s./ss.

StGB

Supra.

T.

Vol.

Vid.

Párrafo

Artículo/s

Coordinador/es

Código Penal

Director

Edición

Fundamento jurídico

Abajo

Número

Opus citatum

Página/s

Siguiente/s

Strafgesetzbuch

Arriba

Tomo

Volumen

Videtur

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.

En el presente Trabajo de Fin de Grado se trata el engaño como primer elemento del tipo objetivo de la estafa. Para ello, se profundiza en las diferentes teorías desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia respecto a este elemento, puesto que del mismo dependerá el ámbito que, en su opinión, debe cubrir la protección penal.

Para ello, se comienza exponiendo las tesis respecto al concepto de engaño en sí mismo, sin entrar en su relevancia penal. Posteriormente, se acude a las corrientes existentes respecto al engaño típico y su caracterización como «bastante, antecedente y causal», aludiendo igualmente al Derecho comparado, en especial Italia, Francia y Alemania.

A continuación, se presenta la problemática existente respecto a otras formas comisivas (acción concluyente y omisión), relevantes debido a los importantes debates doctrinales que suscitan. Por último, este trabajo finaliza con unas conclusiones originales respecto a la materia tratada, así como una enumeración de la bibliografía y jurisprudencia utilizada para desarrollar el mismo.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.

El objetivo del presente trabajo es aportar una visión general de la totalidad de las teorías desarrolladas sobre el engaño como elemento del delito de estafa aportadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, más aún cuando se trata de una materia en la que existen muchas diferencias entre autores y Tribunales y que todavía suscita algunos de los debates más importantes.

Asimismo, cabe señalar que, aunque el delito de estafa ha sido, desgraciadamente, común desde antaño, la aparición de nuevas tecnologías que han mejorado en gran medida la comunicación entre personas, así como la delicada situación económica en la que todavía se encuentra la sociedad, hace replantearse en qué situaciones podemos considerar que existe una conducta engañosa y que la misma produce el resto de elementos del tipo.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

Para elaborar este trabajo, se han utilizado manuales generalistas, así como monografías y artículos especializados en el tema. Además, se han consultado Sentencias,

tanto de Tribunales españoles como extranjeros, en la base de datos del Poder Judicial. Finalmente, han sido de gran interés las sesiones privadas llevadas a cabo con el Director de este Trabajo de Fin de Grado.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL.

1. CONCEPTO.

El delito de estafa se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 248, apartado 1, de la Ley Orgánica 10/1995 de Código Penal, tras su reforma en 2015 a través de la Ley Orgánica 1/2015. Según este artículo, que toma la definición aportada por la doctrina¹, «cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

Con este artículo comienza la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII de la citada norma, que comprende los artículos 248 a 251 bis y que, bajo la denominación genérica «*De las estafas*», recoge todos aquellos hechos que provocan un perjuicio patrimonial mediante engaño.

Además de los elementos del tipo que comentaré a continuación, todas las modalidades de estafa tipificadas en el CP encuentran en el bien jurídico que protegen su denominador común, que no es otro que el patrimonio de la víctima. Dejando a un lado las diversas posiciones que adopta la doctrina sobre el concepto de patrimonio a efectos de este delito², en este trabajo asumo la posición mayoritaria según la cual el bien jurídico es el patrimonio, entendido éste de forma individualizada, es decir, aquel sobre el que su titular tiene un efectivo poder de disposición³.

La pena prevista en el artículo 249 del CP para aquellos que hayan cometido el delito de estafa del artículo anterior en cualquiera de sus variantes es de prisión de seis meses a tres años, si bien para su fijación concreta deberá considerarse «el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para

¹ ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Mascareñas (dir.), t. IX, Francisco Seix, Barcelona, 1958, p. 57.

² ASUA BATARRITA, A., «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 1, 1993, pp. 89-141.

³ PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico del delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 44-46.

valorar la gravedad de la infracción». No obstante, si la cuantía defraudada no excede de 400 euros, la pena será de multa de uno a tres meses.

2. ELEMENTOS DEL TIPO.

En la definición del artículo 248.1 del CP expuesta anteriormente es posible distinguir los diferentes elementos que forman este tipo, a saber: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio, ánimo de lucro y dolo, así como la relación de causalidad entre todos los anteriores.

A estos elementos también ha hecho referencia la jurisprudencia en numerosas ocasiones⁴, si bien destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003⁵, que realiza una enumeración exhaustiva de aquellos y que podemos resumir en un engaño precedente o concurrente y «bastante» («suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos»), creación de un error en el sujeto pasivo, acto de disposición patrimonial consecuencia de dicho error, ánimo de lucro y relación de causalidad entre el engaño provocado por el autor y el perjuicio experimentado por la víctima.

Sin embargo, en el presente trabajo desarrollaré únicamente el engaño como elemento del tipo de estafa, si bien, inevitablemente, haré alguna breve referencia al resto de elementos para apoyar mi exposición.

III. DELIMITACIÓN DEL ENGAÑO TÍPICO.

El significado que cada autor otorga al «engaño» requerido por el artículo 248 del CP marca irremediabilmente su posición respecto a las conductas engañosas que cumplen los requisitos exigidos por el citado artículo y, en consecuencia, sea una conducta típica. Este concepto es tan relevante en este asunto que incluso en la mera definición de «engaño», sin entrar en esos requisitos que he mencionado anteriormente, la doctrina ya presenta interesantes diferencias sobre las que se va a desarrollar el resto de su exposición teórica.

Como se irá viendo tanto en este apartado como en el resto del trabajo, es inevitable tomar ideas de otros autores europeos, en especial alemanes, que han tratado este asunto con más detalle que la doctrina española, si bien de forma sucinta y teniendo en cuenta que la regulación en cada Estado varía de forma considerable⁶.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 3813/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de junio y Sentencia 1114/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de marzo, entre otras.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 2509/2003 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de abril.

⁶ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 31-32. Tal y como explica IZQUIERDO SÁNCHEZ, en el artículo 248 del

1. CONCEPTO DE ENGAÑO.

Sin entrar en los requisitos exigidos por el artículo 248 del CP, podemos diferenciar tres conceptos principales de engaño en los que se basa la doctrina para sostener o no la posibilidad de que una conducta omisiva pueda ser considerada como un engaño.

1.1. Engaño como influjo creador de un error.

A) *Principales posiciones doctrinales.*

Los autores que sostienen este concepto de engaño parten de la idea de que la estafa es un delito de resultado: es imprescindible que el autor *engañe* a la víctima para causar en ella un error y, a su vez, dar lugar al acto de disposición patrimonial pretendido por el primero.

Si bien la doctrina alemana que sostiene este concepto es minoritaria, de ella destacan fundamentalmente BOCKELMANN y SCHÜNEMANN. El primero entiende el engaño como aquel elemento que crea la representación errónea en el engañado, por lo que no cabe una conducta omisiva. Así, diferencia entre el resultado, que sería el error en la víctima, y la no-eliminación de dicho error, que era anterior a la intervención del autor y, por tanto, no es resultado de la acción del autor, que es lo que exige el esquema del delito de resultado que en principio parece ser la estafa⁷.

Por otro lado, SCHÜNEMANN⁸, que también considera la estafa como un delito de resultado, considera que cuando falte engaño expreso, una conducta omisiva sólo será típica cuando efectivamente cause un efecto sobre la víctima, algo que sólo es posible mediante las llamadas «omisiones concluyentes»⁹.

Ya dentro de la doctrina española, ANTÓN ONECA¹⁰, partiendo de la idea de que el delito de estafa es un delito de resultado, entiende que la estafa tiene cuatro elementos conectados entre sí a través de una concatenación cronológica y causal. Según esta relación, el engaño, que es exclusivamente una conducta activa, debe ser previo al error del disponente, que, asimismo, provocará la disposición patrimonial pretendida y, con ella, el perjuicio patrimonial sufrido por la víctima, resultado final del delito. De esta forma, cuando el error es anterior a dicha conducta del autor en principio se tendría que

Código Penal español se hace referencia expresa al engaño como elemento del tipo mientras que en el §263 StGB no, aunque esta circunstancia no ha impedido a la doctrina alemana sostener como típicas un amplio abanico de conductas.

⁷ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 32.

⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 33.

⁹ Trataré ese tema posteriormente, *vid. infra IV.1. Acciones concluyentes.*

¹⁰ ANTÓN ONECA, J., *Estafa*, *op. cit.*, pp. 56-90.

negar la tipicidad del engaño, lo que implica un considerable óbice cronológico a tener en cuenta¹¹.

También destaca BAJO FERNÁNDEZ, en cuya opinión el CP español exige que el error de la víctima («conocimiento viciado de la realidad») sea consecuencia del engaño bastante¹². Por tanto, se rechaza para este autor la tipicidad del error precedente, que sólo se admitirá cuando el engaño (activo) refuerce dicha concepción errónea de la víctima.

No obstante, el propio BAJO FERNÁNDEZ no descarta la posibilidad de engañar mediante omisión, sino que, tal y como apunta, lo importante en esa concatenación causal es que el acto de disposición sea posterior al engaño, ya sea activo u omisivo¹³.

B) Crítica a las corrientes anteriores¹⁴.

En primer lugar, esta perspectiva sólo tiene cabida si partimos de la idea de que los artículos de la parte especial del CP describen los comportamientos que castigan dichos preceptos (significado *descriptivo*) en lugar de atribuir responsabilidad (significado *adscriptivo*)¹⁵. Con base en lo anterior, estos autores¹⁶ niegan la existencia de conductas omisivas típicas puesto que éstas no derivan del «proceso físico de causación» que, a su parecer, describe el art. 248 del CP.

En segundo lugar, sostener esta posición doctrinal supone basarse en la teoría de la causalidad, algo que resulta insuficiente para atribuir la responsabilidad ya que para ello es necesario establecer una relación de imputación objetiva y otra de autoría. En consecuencia, es más correcto decir que la conducta del autor «motiva» un determinado efecto en lugar de que éste lo «causa», es decir, pasar de una concepción causalista a una finalista¹⁷.

¹¹ Por el contrario, un sector de la doctrina considera que no sacar de un error previo a la víctima también es una forma punible de engaño; *vid. infra.*, III.2. *Silencio y comisión por omisión*.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa», en *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa*, Ayala Gómez y Ortiz de Urbina Gimeno (coords.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 1184.

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial. Vol. 2: Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 281.

¹⁴ *Vid. supra.*, III.1.1.1.A) *Principales posiciones doctrinales*.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La Regulación de la «Comisión por omisión» (artículo 11)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 60. Entre otros, SILVA SÁNCHEZ considera que los verbos típicos deben ser entendidos como atributivos de responsabilidad y no como la descripción de una relación de causalidad concreta.

¹⁶ *Vid. supra.*, III.1.1.1.A) *Principales posiciones doctrinales*.

¹⁷ Entre otros, IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 56.

1.2. Engaño como conducta con valor declarativo.

A) Principales posiciones doctrinales.

Existe una segunda corriente de pensamiento basada en la idea de que la estafa es un delito de medios determinados puesto que requiere necesariamente una conducta engañosa por parte del autor.

Desde la doctrina alemana, HERZBERG entiende que sólo es punible como estafa el acto de disposición patrimonial condicionado por una conducta engañosa, que puede ser tanto una declaración falsa explícita (engaño activo expreso) o implícita (engaño activo concluyente). En cualquier caso, lo relevante es que el autor declarará siempre algo falso, puesto que con esa conducta se constituye el engaño bastante al que se refiere este delito¹⁸.

Por otro lado, KLAWITTER¹⁹ supedita todos los elementos de la estafa en la declaración del autor: sin ella, no habrá engaño ni, por tanto, estafa. Ahora bien, para este autor sí es posible que una omisión del autor provoque el engaño requerido siempre y cuando dicha omisión tenga valor de declaración, ya que sólo en ese caso se puede recurrir a la fórmula del §13 StGB²⁰.

Un sector de la doctrina española continúa en esta línea y, así, BAJO FERNÁNDEZ²¹ afirma que la omisión sólo será típica cuando pueda ser reconducida a una acción concluyente. En caso contrario, al tener un menor desvalor de acción, la omisión propiamente tal sólo tendrá relevancia como ilícito civil²².

También destaca DOPICO GÓMEZ-ALLER²³ se basa en el significado etimológico de «engaño» y concibe la estafa como aquel delito en el que el autor induce al engañado a realizar un acto de disposición, conducta que únicamente será típica si cuenta con un valor declarativo. De esta manera, reconduce las conductas de omisión de datos relevantes a engaños concluyentes e indica que sólo se admite la estafa por omisión a modo de complicidad, en concreto, como cooperación necesaria. En definitiva, y según lo que desarrollaré en el siguiente apartado, DOPICO GÓMEZ-ALLER propone

¹⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 35.

²⁰ Desarrollaré este precepto, junto al art. 11 CP de nuestro ordenamiento, a continuación, *vid. infra* IV.2. *Silencio y comisión por omisión*.

²¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa»#, p. 418.

²² Resulta ciertamente sorprendente cómo BAJO FERNÁNDEZ aparece en varias corrientes al mismo tiempo, no sólo en este apartado sino también en algunos de los posteriores.

²³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario», en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Pozuelo Pérez (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 214 y ss.

ejemplos que podrán reconducirse al engaño como infracción de deberes de garante, mas en lugar de afirmar su autoría, considera que en dichos casos, el autor de la conducta omisiva sólo podría ser castigado como cómplice²⁴.

*B) Crítica a las corrientes anteriores*²⁵.

En primer lugar, tanto la primera concepción de engaño (engaño como influjo creador de un error) como la segunda (engaño como conducta con valor declarativo) plantean unos problemas comunes a los que es necesario hacer referencia. Ambas limitan «engaño» a la mera acción de engañar, pero si atendemos realmente al significado etimológico, como apunta IZQUIERDO SÁNCHEZ²⁶, basta una breve consulta de cualquier base de datos o diccionario para observar que también es posible engañar mediante una conducta omisiva²⁷. En consecuencia, no podemos utilizar en exclusiva este argumento para negar que cuando una persona no engaña (activamente) a otra no está cometiendo un delito de estafa.

Por lo tanto, los autores que defienden esta postura no dan argumentos suficientes para justificar que el engaño típico es exclusivamente aquel que deriva de una conducta activa, sobre todo cuando la regulación legal del delito de estafa del art. 248 del CP no excluye de forma expresa la posibilidad de que el autor actúe mediante un comportamiento omisivo.

En segundo lugar, la doctrina que comprende el engaño como una conducta con valor declarativo parte de la idea de que el delito de estafa es un delito de medios determinados, de forma que, en su opinión, considerar como engaño una conducta que no supone una declaración expresa de algo falso supondría convertir la estafa en un delito de resultado, algo totalmente inaceptable.

IZQUIERDO SÁNCHEZ también comparte la idea de que el delito de estafa es un delito de medios determinados, pero considera que estos argumentos únicamente sirven

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario»#, *op. cit.*, pp. 197 y 215. Entre otros, plantea supuestos como el siguiente para afirmar que sólo es posible entender como complicidad una conducta omisiva: «un asesor nada informa a su asesorado al ser sobornado por quien engaña activamente al asesorado del primero».

²⁵ *Vid. supra.*, III.1.1.2.A) Principales posiciones doctrinales

²⁶ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 53.

²⁷ «Engaño» según el Diccionario de la lengua española (23ª ed.), consultado en <http://www.rae.es/> a 23 de abril de 2019. Entre otros, la Real Academia Española define engaño como: «1.m. Acción y efecto de engañar. 2.m. Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre». La segunda acepción parece no rechazar la posibilidad de que una conducta omisiva cumpla con la misma, ya que sólo especifica «falta de verdad».

para justificar las conductas o declaraciones expresas²⁸. Además, estos autores suelen reconducir la omisión a los actos concluyentes para así considerarlos engaños implícitos. Sin embargo, resulta muy complicado delimitar estos actos y, de hecho, pocos autores lo han llegado a hacer pese a que la mayoría los mencione en sus argumentos²⁹.

En este sentido, este autor recuerda una sentencia del Reichsgericht (antiguo Tribunal del Imperio alemán, actual Tribunal Supremo) con la que trata de ejemplificar cómo HERZBERG y BAJO FERNÁNDEZ, al mantener esta posición, rechazan engaños típicos sólo porque una conducta omisiva no supone una entrega de información. Así, en el supuesto *«el apoderado P incumple sus deberes como garante ante su jefe C cuando se da cuenta cómo C da orden de pago del importe de una factura respecto de la cual P sabe que previamente había sido pagada por su jefe; P calla porque es amigo del emisor de la factura (quien recibirá el doble pago)»*, la omisión de P no constituye una acción concluyente y, por ende, no es un engaño típico, de forma que no habrá estafa pese al perjuicio patrimonial que sufre C³⁰.

También es crítico con esta concepción FRISCH, que también aporta un concepto de engaño propio que trataré más adelante. Por el momento, FRISCH centra su crítica en que esta corriente, al rechazar aquellos supuestos en los que no hay una declaración o engaño expreso, se deja a la libre opinión de los intérpretes jurídicos considerar si efectivamente se produce un engaño o no con base en el estado psicológico en el que se encuentre cada uno de los sujetos que participan en el tráfico jurídico en ese momento concreto³¹.

Finalmente, ya hemos visto cómo DOPICO GÓMEZ-ALLER se centra en el campo semántico para determinar que la palabra «engaño» en el art. 248 del CP hace referencia a un «acto comunicativo engañoso» con la que el autor induce al engañado a realizar la disposición patrimonial correspondiente³². Sin embargo, para IZQUIERDO SÁNCHEZ³³, el «engaño» de este precepto no supone ni una acción ni una omisión. Asimismo, rechaza que lo relevante de la conducta tipificada en este delito sea la

²⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, op. cit., pp. 57 y ss.

²⁹ Ahondaré en esta delimitación más adelante, vid. *infra* IV.1. Acciones concluyentes.

³⁰ Sentencia del Reichsgericht HRR 1928, Nr. 389, en la que el Reichsgericht considera que se trata de un supuesto de omisión propiamente tal.

³¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, op. cit., p. 58.

³² Vid. *supra*. III.1.1.2.A) Principales corrientes doctrinales.

³³ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, op. cit., p. 59.

inducción del autor a la víctima, argumento en el que se basa DOPICO GÓMEZ-ALLER para negar la posible comisión por omisión del delito de estafa³⁴.

1.3. Engaño como concepto vinculado con la infracción de un deber de veracidad.

A) Principales posiciones doctrinales.

Dentro de la doctrina alemana, destaca, en primer lugar, KINDHÄUSER³⁵, quien comparte con el concepto anterior su concepción del engaño dentro del delito de estafa como el medio que utiliza el autor para asegurar que la víctima lleva a cabo la disposición patrimonial deseada. No obstante, que dicho engaño sea típico dependerá de la asunción por el autor de un deber de veracidad³⁶ y la información que quede protegida por el mismo.

Por un lado, defiende que todos tenemos un «derecho a la verdad» reconocido jurídicamente y cuya infracción o lesión justifica que el delito de estafa se impute al autor y no al beneficiario del acto de disposición patrimonial, ya que es él, y no el beneficiario, el que está sujeto a un deber de veracidad en favor de la víctima, titular del derecho a la verdad³⁷. De esta forma, el infractor del deber de verdad es un autor mediato: la víctima «autolesiona» su propio patrimonio y, al mismo tiempo, tiene un derecho a la verdad respecto al autor. Por tanto, en los supuestos de omisión, no se cuestiona la existencia de este derecho a la verdad, puesto que existe independientemente de la forma en la que intervenga el que engaña.

Por otro lado, al infringir el deber de veracidad, el autor está instrumentalizando a la víctima, de manera que pierde cualquier tipo de libertad patrimonial: ya no actúa libremente, sino que lo hace condicionado (o utilizado) por el autor. La conducta del autor y la instrumentalización de la víctima puede darse de dos formas³⁸:

- Engaño a través de la inducción a error. Mediante la entrega de información falsa o la intervención en las fuentes de información de la víctima, el autor infringe el deber negativo de no inducir a error a la víctima. Aquí,

³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario»#, *op. cit.*, pp. 197 y 215. En su opinión, sólo se puede llegar a la inducción requerida por el tipo mediante un comportamiento activo del autor.

³⁵ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, pp. 37-40.

³⁶ Desarrollaré de forma breve más adelante la posición de garante, *vid. infra IV.2. Silencio y comisión por omisión*, entre otros.

³⁷ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 38. Resulta interesante su argumentación, en la que diferencia entre bienes cooperativos-negativos, que son exigibles *erga omnes* como el bien de la vida, y bienes cooperativos-positivos, que son relativos y, por tanto, solo son exigibles frente a aquellos que tienen dicho deber frente a los titulares del mismo, como es el caso del deber de veracidad.

³⁸ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 39.

KINDHÄUSER incluye los actos concluyentes a los que se referían los autores anteriores.

- Engaño como consecuencia de la lesión de un deber de veracidad que obliga al autor a mantener a la víctima libre de error. Se trata de aquellos supuestos en los que, como consecuencia de una relación contractual, el autor tenía deber de informar a la víctima y, no obstante, no lo hace.

En segundo lugar, destaca el autor alemán FRISCH quien, al contrario que el resto de los autores citados, define «engaño» centrándose en la víctima en lugar de hacerlo sobre el autor y su conducta. Así, lo importante es determinar si la víctima creía que el autor, la persona que manifestó la información relevante, no le mintió sobre las circunstancias del acto de disposición patrimonial que llevó a cabo³⁹. Por tanto, para Frisch, «engaño» es «aquella conducta del autor, especialmente manifestaciones declarativas, que genera un aparente cumplimiento de la expectativa de la víctima por la que esta confía en no ser engañada».

Tal y como afirma IZQUIERDO SÁNCHEZ⁴⁰, la «expectativa» a la que se refiere FRISCH es el derecho a la verdad del que habla KINDHÄUSER y el resto de autores que se mencionarán en este apartado, puesto que una «manifestación dolosa y objetivamente falsa» únicamente será constitutiva de engaño cuando el tercero que la recibe tiene derecho a recibir manifestaciones veraces. En el resto de los supuestos, formará parte de su libertad de acción y, en consecuencia, será atípica.

En tercer lugar, PAWLIK, penalista alemán, afirma que lo relevante no es si un delito se «comete» por acción o por omisión, sino la diferencia entre deberes positivos o deberes negativos, que darán lugar a posiciones de garante. Para PAWLIK, las posiciones de garante son necesarias en la estructura típica del delito de estafa, independientemente de su modalidad (engaño expreso, engaño implícito u omisión)⁴¹. En definitiva, lo importante es determinar qué riesgos debe asumir la víctima o le son imputables y cuáles asume el autor.

Respecto a la doctrina española, PASTOR MUÑOZ define el engaño como la afectación a la información que tiene la víctima y que le permite disponer de su patrimonio de forma racional y que produce un riesgo de perjuicio patrimonial, pudiendo

³⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, pp. 41-45.

⁴⁰ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁴¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, pp. 45-50.

darse esta afectación mediante la aportación de información falsa (acción) o mediante la omisión de la misma⁴².

En este caso, el engaño va más allá de la lesión al derecho a la verdad o la información a la que se refiere el deber de veracidad, puesto que el derecho a la verdad es la expectativa o esperanza de la víctima de que el autor va a cumplir con su deber.

En este sentido, para PASTOR MUÑOZ la información relevante para la víctima y sobre la que se debe valorar si ha existido afectación o no es aquella relacionada con el contenido de la relación económica que víctima y autor han establecido dentro del mercado económico. Así, el deber de veracidad en torno al cual gira su concepto de engaño se refiere al coste que cada participante en el mercado debe asumir por participar en el mismo, si bien no se refiere a las reglas económicas que rigen éste sino a sus reglas jurídicas⁴³.

Por último, destaca IZQUIERDO SÁNCHEZ, para quien el engaño al que se refiere el tipo del art. 248 del CP es «un estado o situación que consiste en la presencia de información falsa en el acervo de datos patrimonialmente relevantes perteneciente a un sujeto facultado para realizar actos de disposición vinculantes para su propio patrimonio o el de un tercero»⁴⁴.

Como puede observarse, no alude a un error psicológico, sino a la mera falta de veracidad en los documentos o manifestaciones que el autor utiliza de forma activa u omisiva. De esta forma, a diferencia del concepto de PASTOR MUÑOZ descrito previamente, el de IZQUIERDO SÁNCHEZ no determina el modo en el que el autor afecta al «acervo informativo» de la víctima, sino las formas en las que utiliza una situación de engaño para inducir a la realización de la disposición patrimoniales pretendida: por un lado, mediante una conducta activa, provocando esa situación de engaño con la que inducirá a la víctima; y, por otro lado, mediante una omisión, aprovechando la situación de engaño previo en el que se hallaba el disponente.

B) Crítica a las corrientes anteriores⁴⁵.

El concepto al que acabo de referirme es el más novedoso en el tiempo, de forma que las críticas hacia éste todavía no han llegado a desarrollarse como sucede en el resto de las concepciones propuestas. Aun así, si atendemos al significado propio de engaño

⁴² PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico*#, pp. 55, 266.

⁴³ PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico*#, p. 55.

⁴⁴ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁵ *Vid. supra.*, III.1.1.3.A) *Principales posiciones doctrinales.*

que propone cada autor, sí podemos encontrar matices de otros autores que, pese a que se encuentran muy cercanos a ellos, no pueden evitar discrepar en algunas cuestiones.

En la doctrina española, IZQUIERDO SÁNCHEZ es de los pocos, por no decir el único, autores que ha puntualizado las teorías anteriores, a pesar de afirmar su cercanía a las mismas.

Por un lado, comparte en líneas generales los argumentos expuestos por KINDHÄUSER⁴⁶, si bien discrepa en algunas cuestiones como la de la autoría mediata y el deber de veracidad al que alude.

Respecto al concepto propuesto por FRISCH⁴⁷, considera esencial mantener la idea de «engaño concluyente» y no negarlo radicalmente como hace este autor, más aún cuando el propio FRISCH reconoce que el silencio es una forma de acto concluyente⁴⁸.

Asimismo, IZQUIERDO SÁNCHEZ alaba y comparte en gran medida el concepto de engaño ofrecido por PAWLIK⁴⁹ y su idea de que, en toda estafa, el autor tiene un deber de garante que influye en su comportamiento. Sin embargo, considera que su concepto de engaño es más extenso que una mera definición de un elemento del tipo: sirve como criterio para afirmar la tipicidad de la conducta del autor, alude a la posición de garante y es el fundamento último de la atribución de responsabilidad penal como estafa. En definitiva, IZQUIERDO SÁNCHEZ entiende que PAWLIK basa en el engaño toda, o prácticamente toda, la estructura típica de la estafa, lo que considera un error: el papel del engaño debe quedar limitado exclusivamente al que el art. 248 del CP y el §263 StGB le otorga.

Por otro lado, IZQUIERDO SÁNCHEZ no comparte el concepto de engaño desarrollado por PASTOR MUÑOZ ya que, para él, el engaño no es la forma en la que se afecta a la información que tiene la víctima sino el modo en el que ésta se modifica. Aun así, es un concepto que no abarca tantos elementos como el que acabo de describir de PAWLIK⁵⁰.

Por su parte, IZQUIERDO SÁNCHEZ sí coincide en que, con este concepto, PASTOR MUÑOZ «destrona» el principio de causalidad, pues implica que ya no hay

⁴⁶ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁷ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁸ Haré referencia a las distintas teorías sobre los actos concluyentes que presenta la doctrina en epígrafes posteriores, *vid. infra IV.1. Acciones concluyentes*.

⁴⁹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁰ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*#, *op. cit.*, p. 65.

necesidad de justificar que la mentira o falta de veracidad ha dado lugar al error para afirmar que se ha cometido, en forma activa u omisiva, este delito⁵¹.

2. DETERMINACIÓN DEL ENGAÑO TÍPICO.

A pesar de los conceptos propuestos y desarrollados anteriormente, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, al tratar este delito, ha considerado difícil, e incluso inútil, centrar en perfeccionar un único concepto de engaño. Por el contrario, han reconocido en numerosas ocasiones que lo importante es determinar si ese engaño, más allá de sus caracteres, es suficiente o «bastante» para inducir a error a la víctima.

En este sentido, destaca la doctrina, ahora consolidada, del Tribunal Supremo según la cual el engaño como elemento del tipo de estafa ha de ser antecedente, causante y bastante:

- Respecto a su carácter de antecedente, se dice que el engaño debe ser anterior y determinar el perjuicio patrimonial, pues es éste el resultado del delito de estafa. Así, queda fuera del ámbito penal los supuestos de *dolo subsequens*⁵².
- Los requisitos de «bastante» y «causante» se explicarán a continuación⁵³.

Aun así, este sector venía reclamando una mayor concreción de la norma en este sentido y, fruto de esta reivindicación, el tipo de estafa se modificó en la reforma del CP mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, con la que se pasó de un sistema ejemplificativo-casuístico⁵⁴ a una «técnica

⁵¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, C., *Estafas por omisión*, op. cit., p. 66.

⁵² Así se reconoce en Sentencias como la del Tribunal Supremo 37/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de febrero, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial, en las que se considera jurídicamente irrelevante el *dolo subsequens*, aquel que sobreviene a los restantes elementos del tipo (error, acto de disposición patrimonial y perjuicio patrimonial). No entraré a analizar con detenimiento este requisito puesto que, al referirse a un elemento subjetivo del tipo (el dolo), queda fuera del objeto del presente trabajo.

⁵³ Vid. *infra.*, III.2.2.1. *Teorías sobre el engaño bastante* y III.2.2.2. *Eficacia del engaño bastante en la inducción al error*.

⁵⁴ Por un lado, el art. 528 del CP establecía la conducta típica que daba lugar al delito de estafa y las penas previstas conforme a la cantidad defraudada, mientras que el art. 529 del CP enumeraba algunos ejemplos que podían determinar la aplicación del precepto anterior, disponiendo: «Incurrirá en las penas del artículo anterior: 1.º El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes; 2.º Los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio; 3.º Los traficantes que defraudaren, usando de pesos o medidas faltos, en el despacho de los objetos de su tráfico [...]».

legislativa político criminalmente adecuada»⁵⁵, tal y como reconoce el legislador de 1983⁵⁶.

En efecto, la definición de estafa del art. 248 del CP (anterior art. 528, redacción que se mantiene) introducida por esta reforma hace referencia al engaño como única referencia conceptual a la acción típica⁵⁷, pero, como he comentado anteriormente, esto no fue un obstáculo para que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia continuara defendiendo una interpretación extensiva del término «engaño». No obstante, si observamos en conjunto el binomio doctrina y jurisprudencia, podemos advertir la existencia de varias corrientes respecto al engaño al que, en concreto, hace referencia el delito de estafa.

2.1. Teorías sobre el engaño bastante.

A) Teoría del «mise en scène».

a) Francia.

Para la doctrina francesa, para que una conducta engañosa sea punible como delito de estafa, es necesario que dicha conducta adopte una determinada intensidad y grado de exteriorización, es decir, una puesta en escena (o «mise en scène») para la que se hayan empleado maniobras fraudulentas y esté destinada a afirmar la mentira deseada⁵⁸. No sólo la doctrina francesa defiende esta tesis, sino que su propio Código Penal, en el art. 313, hace referencia expresa a estas «maniobras fraudulentas»⁵⁹.

En opinión de PEDRAZZI⁶⁰, esta corriente supone acompañar al mero fraude de maquinaciones que permitan «romper» la autoprotección de la víctima. Además, estas maquinaciones sirven para el intérprete jurídico como método para constatar la existencia de engaño, puesto que resulta más sencillo advertirlo mediante estos actos externos⁶¹.

⁵⁵ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa: delimitación jurídico penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 142.

⁵⁶ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, Exposición de Motivos, párrafo 36: «antes se hacía referencia a la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema punitivo, en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito, defecto que se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables».

⁵⁷ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 46.

⁵⁹ Code pénal, texto resultante de la Ordenanza nº 2005-759, de 4 de julio de 2005, en la traducción oficial al castellano ofrecida por Legifrance en su página web (<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>), consultada el 7 de mayo de 2019: «Es estafa el hecho de engañar a una persona física o jurídica, (...) bien mediante el empleo de maniobras fraudulentas, determinándola así, en perjuicio propio o de tercero, a entregar fondos, valores o cualquier bien, (...)».

⁶⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 46.

⁶¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 46.

Precisamente porque las conductas omisivas no son maniobras externas, los autores que defienden esta tesis rechazan la posibilidad de que una omisión constituya el engaño requerido en el delito de estafa, así como tampoco los engaños implícitos, los engaños verbales, que no están acompañados de estas apariencias externas, o menores, en los que la víctima no cumple con sus deberes de autoprotección⁶².

No obstante, la utilización de un concepto tan restringido ha dado lugar a que, ya en 1953, ANTÓN ONECA⁶³ pusiera de relieve la necesidad del legislador francés de introducir otras figuras en el CP para satisfacer los problemas que surgían en la práctica respecto a determinados supuestos que, por no tener cabida en el tipo del art. 313, no podían ser castigados en el ámbito penal, algo que también fue muy criticado por algunos autores franceses como GARRAUD⁶⁴.

b) Italia.

Si bien son una excepción, también existe un sector de la doctrina italiana que interpreta el art. 640 del CP italiano en este sentido⁶⁵. CARRARA fue el único que adoptó esta tesis de forma íntegra, ya que, por el contrario, la mayor parte de los autores italianos que siguen esta teoría lo hacen de forma parcial, ya sea atendiendo al criterio clásico del *dolo atrocior*⁶⁶, o diferenciando entre «mentira defensiva», aquella con la que se ocultan los intereses propios debido a que no existe una obligación jurídica de decir la verdad, y «mentira ofensiva», que oculta información relevante para el negocio o relación entre autor y víctima sobre la que sí hay obligación de manifestarla⁶⁷.

En cualquier caso, el objetivo de los penalistas y jurisprudencia italiana era determinar qué forma de engaño podía «castigarse» penalmente y si debía limitarse únicamente a aquellos de mayor gravedad. Sin embargo, como veremos a continuación y ya he adelantado anteriormente, en ocasiones, una «simple mentira», sin acompañarse de una maquinación fraudulenta, es suficiente para tener cabido en el delito de estafa.

⁶² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, op. cit., pp. 46-47.

⁶³ ANTÓN ONECA, J., *Estafa*#, op. cit., p. 61.

⁶⁴ ANTÓN ONECA, J., *Estafa*#, op. cit., p. 61.

⁶⁵ Codice penale, extraído de la página web italiana especializada en Derecho Mondo Diritto (<http://www.mondodiritto.it/codici/codice-penale/art-640-codice-penale-truffa.html>), consultada el 8 de mayo de 2019: «*Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno (...)*». Para esta corriente, el «plus» que exige el engaño en la estafa se encuentra en la expresión «*artifizii o raggiri*», que interpretan de forma restrictiva.

⁶⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, op. cit., p. 47. Para la doctrina italiana y, en concreto, CARIMAGNANI, el fraude penal consiste en una «grave y evidente impostura» (*magna et evidens caliditas* o *dolo atrocior*) que engaña hasta a las personas más perspicaces y precavidas.

⁶⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, op. cit., p. 47.

En relación con lo anterior, los seguidores italianos de esta corriente también pretendieron delimitar nítidamente la línea divisoria entre ilícito civil y penal. Para ellos, el engaño requerido en el ámbito civil es mínimo: basta con que induzca a error a su destinatario para que sea relevante en el orden civil, pero precisamente por su menor valor, no es suficiente en el aspecto penal.

De hecho, se ha negado en numerosas ocasiones que formen el tipo de la estafa los llamados «engaños sociales», como la llamada «exageración del comerciante»⁶⁸, a los que se ha llegado a denominar «dolo bueno».

Por su parte, para que un engaño sea penalmente relevante, es necesario que presente un «plus», la maquinación artificiosa e intensidad a la que nos hemos referido hasta ahora. Por tanto, cualquier conducta omisiva que indujera al error que requiere la estafa nunca podría ser punible en vía penal, puesto que no estaría acompañada de ese «plus» necesario para ello.

c) España.

La jurisprudencia española también comparte la opinión de la doctrina italiana respecto a la distinción entre dolo civil y el engaño penalmente relevante, si bien rechaza la expresión «dolo bueno» en determinadas sentencias⁶⁹.

Ahora bien, para CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁷⁰, esta distinción está intensamente influenciada por el principio básico, dentro del sistema capitalista, del máximo beneficio, según el cual el «disimulo» favorece las transacciones económicas. Mas esto es un error, ya que, si bien puede, y debe, existir libertad de tráfico, ésta nunca puede ser utilizada para abusar de la buena fe de terceros. Además, como veremos posteriormente⁷¹, para determinar si una conducta engañosa es suficiente para ser punible, es necesario utilizar un criterio mixto objetivo y subjetivo sobre las circunstancias del caso concreto y su víctima⁷².

⁶⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas#*, op. cit., p. 48.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 2935/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de mayo, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial: «no puede considerarse afortunada pues existe una cierta contradicción entre la bondad y la ilicitud civil».

⁷⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas#*, op. cit., p. 48.

⁷¹ *Vid. infra.*, III.2.2.2. *Eficacia del engaño bastante en la inducción al error.*

⁷² Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 918/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de diciembre, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial: «Simplemente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP, que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante»».

En la doctrina española, BAJO FERNÁNDEZ⁷³ surge como principal defensor de esta corriente. En su opinión, la exigencia del art. 248 del CP de que el engaño sea bastante e inductor del error en la víctima supone que dicha conducta deba ir acompañada de una puesta en escena o acción concluyente, tal y como la denominaba BACIGALUPO⁷⁴.

No obstante, VALLE MUÑIZ⁷⁵ critica duramente esta tesis fundamentalmente por tres razones:

- Del tenor literal del art. 248 del CP no puede declararse que ese engaño bastante e inductor del error requiera específicamente una maquinación fraudulenta, sino que dichos adjetivos se refieren únicamente a que la conducta engañosa sea suficiente y proporcional para inducir a error, lo que, a su juicio, únicamente puede valorarse mediante criterios normativos.
- Como veremos a continuación, en determinadas condiciones y contextos, una mera «mentira» o inveracidad puede ser suficiente para causar el error exigido por el tipo.
- Al limitar el engaño típico a las maniobras fraudulentas, el resto de supuestos en los que hay una conducta engañosa queda relegado al ámbito civil. Sin embargo, el art. 1269 del Código Civil establece que hay dolo cuando «con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Por tanto, estos supuestos en los que se presentan «maquinaciones insidiosas» pueden estar dentro tanto del ámbito penal como del civil, lo que implica abrir el debate sobre qué maquinaciones son constitutivas de un supuesto de dolo civil y cuáles de un delito de estafa.

B) Teoría de la simple mentira o fórmula abierta.

Como ya hemos señalado previamente, un importante sector doctrinal y legislativo ha optado por utilizar una interpretación más extensiva del término. Para ellos, basarse en el medio empleado para determinar la ilicitud penal es un error considerable⁷⁶, puesto que

⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 33.

⁷⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estafa y abuso de crédito», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1983.

⁷⁵ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, op. cit., p. 144.

⁷⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., p. 49. Como hemos visto en el apartado anterior (vid. supra., III. 2.2.1.A) *Teoría de la «mise en scène»*, GARRAUD se mostró muy crítico con este argumento de los defensores de la «mise en scène», que equiparó con el error que supondría «definir las lesiones en atención a la clase de arma utilizada para producirlas».

lo realmente importante es que el engaño sea suficiente para inducir a error a la víctima y que el mismo no sea fácilmente palpable.

La doctrina y jurisprudencia alemana, prácticamente en su totalidad, defiende esta teoría. Así, centran el engaño en los "datos de hecho", admitiendo tanto los engaños punitivos como los negativos o la supresión de datos verdaderos⁷⁷. Pese a que hay intentos de restringir el engaño típico mediante la exclusión de determinados comportamientos⁷⁸, la doctrina germánica tiende a limitar la tipicidad con base en la "generación o no evitación de un error".

Pese a lo expuesto en el apartado anterior⁷⁹, la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia italiana también es la de interpretar el término «*artifizi o raggiri*» de forma extensiva, cabiendo en ella todo tipo de conductas, siempre y cuando creen una falsa apariencia material («*artifizi*») o actúen sobre la psique de la víctima («*raggiro*»)⁸⁰.

Asimismo, dentro de esta tesis de fórmula abierta se encuentra la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia española, incluso antes de la reforma del CP de 1983⁸¹, cuando el CP recogía una enumeración (a su juicio, ejemplificativa) de conductas que podían ser calificadas como fraudulentas y que ya ha sido citado anteriormente. Así, puesto que nunca se ha llegado a adoptar teorías restrictivas como la de la «mise en scène», por lo general se han admitido tanto los engaños omisivos como los de por ocultación, considerándolos «engaños implícitos»⁸².

A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo entiende, apoyándose en la teoría de la «mise en scène», que hay engaño, cuando una persona ofrece la adquisición de viviendas en subasta pública sin estar en realidad involucradas en ningún procedimiento judicial, utilizando para ello documentos supuestamente remitidos por los Juzgados sobre la preadjudicación de las mismas, supuestas escrituras de creación de una sociedad, etc⁸³.

⁷⁷ §263 del StGB (Código Penal) del 15 de mayo de 1871 (RGrB. S. 127), en la versión del 13 de noviembre de 1998 (BGrB. I, 3322), en la traducción al castellano ofrecida por LÓPEZ DÍAZ en la página web (https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf), consultada el 8 de mayo de 2019: «Quien con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudique el patrimonio de otro por medio de simulación de falsos hechos, suscite o mantenga un error la desfiguración o la supresión de hechos verídicos (...)».

⁷⁸ VALLE MUÑOZ, J.M., *El delito de estafa*, op. cit., p. 148.

⁷⁹ Vid. supra., III. 2.2.1.A) Teoría de la «mise en scène».

⁸⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., p. 50.

⁸¹ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

⁸² Vid. infra., IV.1. Acciones concluyentes.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo 605/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de febrero, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

No obstante, al mismo tiempo, el Alto Tribunal considera que puede ser típica una mera inveracidad cuando el sujeto activo ofrece la adquisición de unas acciones sin manifestar que éstas están pignoradas y dejando que las víctimas inviertan hasta un millón de francos suizos que no logran recuperar⁸⁴.

Por tanto, lo relevante para la jurisprudencia no es tanto la forma en la que se proyecta el engaño típico sino que éste sea previo o anterior a la disposición patrimonial y «bastante», es decir, que tenga como resultado provocar el error en la víctima y el acto de disposición patrimonial deseado⁸⁵.

C) Estafa como quiebra de la buena fe en el tráfico jurídico.

Aunque de manera muy minoritaria, una parte de la doctrina considera que el engaño al que se refiere el delito de estafa es cualquier ruptura de la buena fe negocial que se produzca en una relación concreta. Para ello, se basan en la idea de que el Derecho tiene como deber sancionar los abusos que se produzcan en las relaciones sociales que desvirtúen la función social de la autonomía de la voluntad.

A este respecto, PEDRAZZI consideraba que en cualquier supuesto en el que nos movamos dentro de la autonomía de la voluntad debe existir un cierto «*fair play*» que la limite, lo que ha venido denominando «obligación de la buena fe»⁸⁶. No obstante, no todo engaño debe considerarse como una ruptura de este principio de buena fe. Por el contrario, debemos tener en cuenta la costumbre social para valorar si el engaño es suficientemente relevante o no, sin entrar en su valoración penal, pues no todo engaño es creíble e induce a error a una persona «media».

Así, PEDRAZZI considera que la víctima sólo podrá alegar la existencia de un engaño penalmente relevante cuando este tenga una apariencia de veracidad y tenga lugar en un supuesto en el que, en virtud del principio de buena fe, el autor tenga frente a su víctima una obligación de lealtad y credibilidad⁸⁷.

Ahora bien, la doctrina que defiende esta tesis sostiene que para que la buena fe pueda ser utilizada como criterio determinante de la relevancia penal de una conducta

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 4332/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de julio, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

⁸⁵ La exigencia de este nexo causal entre la conducta del autor y el resultado de error lleva siendo exigido por nuestra jurisprudencia ya desde el siglo XIX. Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1886 y de 15 de octubre de 1945, según la cual «si el artificio o maquinación engañosa no es la causa determinante del perjuicio irrogado, que se produce por una relación contractual creada (...), el asunto queda desplazado de la esfera penal».

⁸⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 51.

engañoso, el sujeto activo ha de estar obligado jurídicamente por el principio de buena fe, independientemente de las formas en las que se manifieste dicho engaño. Por tanto, lo relevante es que el sujeto pasivo tuviera «derecho» a confiar en que las manifestaciones del autor eran veraces, y no si éste mantuvo una conducta activa u omisiva.

Buena prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2004, en la que el sujeto activo, obligado por la buena fe contractual a poner de manifiesto a la otra parte del negocio jurídico una información relevante del mismo, oculta datos significativos y decisivos en la compraventa de una vivienda que, de haber sido conocidos por la otra parte, no hubiera celebrado el contrato⁸⁸.

Esta teoría recuerda al sector doctrinal que defendía el concepto de engaño como quebrantamiento de un deber de veracidad, en la que el autor no actuaba conforme a la posición de garante que ostentaba frente al sujeto pasivo.

Pese a que, como explica CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁸⁹, esta tesis tiene cierta lógica en un ordenamiento como el nuestro, en el que la buena fe aparece como principio rector en el ejercicio de derechos⁹⁰ y en el cumplimiento de las consecuencias derivadas de los contratos⁹¹, esta corriente resulta minoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestro país.

2.2. Eficacia del engaño bastante en la inducción al error.

Si bien las teorías desarrolladas hasta ahora⁹² cumplen su función de delimitar, en mayor o menor medida, el engaño «bastante» al que hace referencia el tipo de estafa, para que una conducta engañosa pueda ser relevante en el ámbito jurídico-penal es necesario que ésta cause el error en el sujeto pasivo que, como hemos visto, dará lugar al acto de disposición patrimonial y, finalmente, al perjuicio patrimonial deseado. En definitiva, el engaño por parte del autor inicia el nexo causal al que hace referencia tanto el texto legal como la jurisprudencia⁹³ y que aparece como un elemento más del delito que estamos tratando en el presente trabajo.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1135/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de febrero, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

⁸⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, op. cit., p. 54.

⁹⁰ Art. 7.1 del Código Civil: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

⁹¹ Art. 1258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

⁹² Vid. *supra.*, III. 2.2.1. *Teorías sobre el engaño bastante*.

⁹³ Vid. *supra.*, II. 2. *Elementos del tipo*.

Pese a lo que hemos visto hasta ahora, existe casi unanimidad tanto doctrinal como jurisprudencial respecto a la tesis de causalidad que debe seguirse, no solo en la estafa, sino en cualquier otro delito de resultado⁹⁴: la teoría de la imputación objetiva.

No obstante, a lo largo de la Historia, la doctrina penalista ha pasado por diferentes tesis con las que intentaba demostrar esa relación de causalidad exigida por este tipo de delitos, pero planteaban problemas tan severos en su aplicación que acabaron convirtiéndose en inadmisibles.

A) Teoría de la equivalencia de condiciones.

Este es el caso, en primer lugar, de la teoría de la equivalencia de condiciones. Según esta tesis, todo resultado es consecuencia de una multitud de condiciones igualmente necesarias, de forma que cada consecuencia que daba lugar al resultado penado con ese delito es, a su vez, causa de ese resultado⁹⁵. No obstante, con esta teoría quedan fuera los supuestos omisivos, puesto que, al no haber una acción como tal, falta uno de los elementos esenciales de la relación causal⁹⁶.

Ahora bien, esta tesis generaba varios problemas en su aplicación. El más relevante⁹⁷ es que no admitía la posibilidad de que un tercero o la propia víctima interrumpieran el nexo causal entre la acción del sujeto activo y el resultado producido, lo que fue criticado duramente por GROIZARD⁹⁸. En su opinión, partiendo de la idea de que el engaño es un elemento esencial del tipo, es necesario exigir a la víctima ciertos «mecanismos» de defensa o, como denomina la doctrina, una cierta «autoprotección» de la víctima⁹⁹.

ANTÓN ONECA apunta que el Tribunal Supremo siguió esta crítica de GROIZARD y nunca llegó a aplicar esta teoría al delito de estafa como sí lo hizo en otros

⁹⁴ Esta es la posición mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pero algún autor rechaza la concepción del delito de estafa como delito de resultado, como es el caso de SILVA SÁNCHEZ, quien considera que la estafa es un «delito de conducta determinada»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Editorial B de F, Montevideo, 2003, p. 449.

⁹⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: parte general. Vol. II, Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 52 y ss.

⁹⁶ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*#, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁷ CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*#, *op. cit.*, p. 56. CEREZO MIR también destaca el fallo de esta teoría en los llamados supuestos de causalidad acumulada, en los que concurren dos relaciones causales que, por sí solas e independientemente de la otra, causan el resultado penado por el tipo.

⁹⁸ ANTÓN ONECA, J., *Estafa*#, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁹ *Vid. infra.*, III.2.2.2.C) *Teoría de la imputación objetiva*.

delitos (homicidio, lesiones, etc.), sino que recurrió a teorías más restrictivas, como la de la causalidad adecuada¹⁰⁰.

Sin embargo, algunos autores recurren a estas teorías para apoyar su rechazo a la comisión por omisión del delito de estafa, por lo que, aunque sea de forma breve, conviene dedicar un apartado a las mismas¹⁰¹.

B) Teoría de la causalidad adecuada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española defendieron el uso de esta teoría para determinar la tipicidad de una conducta engañosa concreta. En general, esta tesis parte de la idea de que una acción será causa de un resultado cuando, además de existir una relación causal entre ellos, dicho resultado sea previsible objetivamente. Para llevar a cabo este juicio de previsibilidad objetiva, el juez debe ponerse en lugar del sujeto y basarse en la experiencia de la época, así como en las circunstancias del caso¹⁰².

No obstante, en el terreno específico del delito de la estafa, la mayoría de los autores que partían de esta teoría se alejaron de la adecuación puramente causal y se centraron en la posible imputación jurídica del resultado al autor de la acción objeto de análisis. Es el caso de MUÑOZ CONDE y BAJO FERNÁNDEZ, quienes abogan por un criterio objetivo-subjetivo para valorar la tipicidad del engaño: por un lado, debe determinarse la seriedad y entidad suficiente del engaño para generar el error y los restantes elementos del tipo en personas de «mediana perspicacia y diligencia» y, por otro lado, hay que atender a las circunstancias personales de la víctima para determinar la idoneidad del engaño en el caso concreto¹⁰³.

Sin embargo, en opinión de VALLE MUÑIZ, la teoría de la causalidad adecuada, así como el resto de las teorías de causalidad que se distinguen de la «originaria»¹⁰⁴, introducen criterios normativos totalmente ajenos a la causalidad para determinar si efectivamente existe una relación causal. Así, la forma correcta de determinar la tipicidad del engaño es afirmar el nexo causal entre el engaño y el resultado mediante la teoría de

¹⁰⁰ ANTÓN ONECA, J., *Estafa*#, *op. cit.*, p. 63. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia de 29 de octubre de 1886, entre otras, en las que el Tribunal Supremo considera que «el engaño ha de ser bastante para mover la voluntad normal de un hombre».

¹⁰¹ *Vid. infra.*, III. 2.2.2.B) *Teoría de la causalidad adecuada*.

¹⁰² CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español*#, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

¹⁰³ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁴ *Vid. supra.*, III. 2.2.2.A) *Teoría de la equivalencia de condiciones*.

la equivalencia de condiciones y, posteriormente, determinar la imputación objetiva del resultado a dicho engaño siguiendo criterios normativos¹⁰⁵.¹⁰⁶

C) Teoría de la imputación objetiva.

Una vez hemos determinado que la conducta engañosa es «adecuada» *ex ante* para producir el acto de disposición patrimonial por error mediante el juicio de previsibilidad objetiva que hemos desarrollado en el apartado anterior¹⁰⁷, la teoría de la imputación objetiva exige aplicar una serie de criterios para valorar si efectivamente existe ese nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio patrimonial. En general, la doctrina y la jurisprudencia se ha basado en los siguientes:

a) Creación de un «peligro jurídicamente desaprobado» para la producción del resultado.

En el juicio de imputación objetiva es necesario utilizar un criterio objetivo-subjetivo: por un lado, es necesario valorar objetivamente si el comportamiento del sujeto activo tiene como objetivo poner en peligro el bien jurídico protegido y, por otro lado, es imprescindible analizar las circunstancias del caso concreto conocidas por el sujeto activo.

A este respecto, ARROYO DE LAS HERAS¹⁰⁸ considera que este criterio objetivo-subjetivo es, en realidad, «preponderantemente, sino absolutamente, subjetivo», de forma que es importante atender tanto al conocimiento o representación del sujeto activo como las circunstancias y actitud del sujeto pasivo respecto a la conducta del autor¹⁰⁹.

b) Que el peligro creado por la acción se concrete en la realización del resultado.

Con este criterio no se pretende exigir la realización incondicional del resultado, esto es, que se consume el delito, ya que se admiten las formas imperfectas de ejecución.

¹⁰⁵ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, op. cit., p. 162.

¹⁰⁶ También lo ha confirmado posteriormente la jurisprudencia; Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 1128/2000 (Sección 2ª), de 13 de julio: «en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que «causalmente» produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado».

¹⁰⁷ Vid. *supra*, III. 2.2.2.B) *Teoría de la causalidad adecuada*.

¹⁰⁸ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 40.

¹⁰⁹ Como veremos a continuación, la víctima debe mostrar la debida diligencia y «autoproteger» su propio patrimonio. Vid. *infra*, III. 2.2.2.C).d) *Determinación del alcance de la norma*.

Por el contrario, con este criterio se pretende demostrar si existe una correspondencia entre la conducta del autor y la lesión del bien jurídico protegido, entendiendo por tal el peligro generado por la conducta engañosa (y no el perjuicio patrimonial como tal).

En este aspecto, ARROYO DE LAS HERAS añade que también es relevante, además de esta relación de causalidad entre engaño y lesión del bien jurídico protegido, establecer dicha relación entre engaño y error, así como entre error y acto de disposición patrimonial, cuya consecuencia será el perjuicio patrimonial¹¹⁰.

Según PÉREZ MANZANO¹¹¹, son dos las relaciones causales de riesgo a analizar: engaño y acto de disposición patrimonial, y acto de disposición patrimonial y perjuicio económico¹¹². En el primer caso, la relación entre el engaño y el acto de disposición patrimonial, es importante determinar si el acto de disposición es el que previsiblemente derivaría del engaño o es otro distinto, puesto que, en este último caso, el peligro generado por el engaño no se ha materializado, aunque sí haya habido perjuicio patrimonial.

Para ello, debemos analizar si el peligro creado por el engaño es similar al que efectivamente se ha producido y si, por tanto, el resultado coincide con el que pretende evitar el tipo de la estafa, en cuyo caso podemos concluir que hay imputación y se debe condenar por este delito como consumado.

c) El riesgo creado no es el permitido por la norma penal.

Siguiendo este criterio, quedan excluidas del delito de estafa aquellas conductas que, aun pudiendo ser subsumidas en este tipo penal, están aceptadas socialmente. Este es el caso, por ejemplo, de las personas que ofrecen sus facultades paranormales o extrasensoriales, careciendo de las mismas: los sujetos pasivos que acuden a ellas lo hacen de forma voluntaria, siendo conocedores de la contraprestación que deben abonar y asumiendo la misma. Por tanto, se trata de una realidad social aceptada y no podemos afirmar que el engaño es idóneo en el sentido que exige el delito de estafa¹¹³.

¹¹⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, op. cit., p. 40.

¹¹¹ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann (celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 299 y ss.

¹¹² Evito hacer referencia a este segundo nexo ya que el objetivo del presente trabajo no es entrar a valorar el resto de los elementos del tipo del delito de estafa.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 3168/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de mayo, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

d) Determinación del alcance de la norma penal.

Este criterio es importante para delimitar la función de protección que debe cumplir el tipo penal de estafa. Para PÉREZ MANZANO, lo esencial es delimitar el fin de protección del tipo penal de estafa que, en su opinión, es la «protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño»¹¹⁴.

A este respecto, esta autora ofrece varios ejemplos de conductas que no cumplirían con este criterio y, por tanto, no serían subsumibles en el tipo de la estafa, o al menos no como delito consumado:

- Intervención dolosa de la víctima. En este caso, el engaño no genera ningún riesgo relacionado con el posterior acto de disposición patrimonial ya que, al no actuar la víctima bajo error, no constituye el acto de disposición que pretende evitar la norma. Para ello, PÉREZ MANZANO¹¹⁵ pone como ejemplo el siguiente supuesto: «A manipula los kilómetros recorridos de su vehículo y ofrece su venta a B por un precio superior al de mercado que correspondería según los kilómetros efectivamente recorridos. B, conocedor de la manipulación a la que ha sido sometido el coche, accede a la compraventa debido al mal estado económico en el que se encuentra su amigo A». Como podemos observar, B realiza el acto de disposición, la compraventa, sin que haya sido inducido a error, pues él era consciente de la conducta engañosa de A y, por tanto, no tiene cabida en el tipo de la estafa.
- Autoprotección de la víctima. Partiendo de la idea de que la misión del Derecho penal es proteger subsidiariamente determinados bienes jurídicos (en el caso de la estafa, el patrimonio del sujeto pasivo), es razonable considerar que no puede dar protección en aquellos supuestos en los que la víctima tuvo la oportunidad, y dicha oportunidad le era exigible, de actuar con la debida diligencia y proteger su patrimonio, aunque el engaño fuera idóneo conforme a los criterios vistos hasta ahora¹¹⁶.

Así, quedan fuera, por ejemplo, los negocios de riesgo calculado o especulativos, como conceder un crédito o una tarjeta de crédito sin comprobar el estado patrimonial, o las relaciones jurídico-económicas entre comerciantes,

¹¹⁴ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa»#, *op. cit.*, pp. 303-304.

¹¹⁵ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa»#, *op. cit.*, p. 304.

¹¹⁶ *Vid. supra.*, III. 2.2.2.C) *Teoría de la imputación objetiva*.

en las que se considera que la diligencia exigida a los sujetos pasivos es mayor^{117, 118}

Cabe recordar en este punto la teoría desarrollada por Roxin sobre la atribución de riesgos a ámbitos de responsabilidad ajenos, según la cual, la víctima tiene un deber de control de la fuente de peligro que proviene de un tercero, de forma que quedaría excluida la posibilidad de imputar el perjuicio patrimonial al sujeto activo pese a existir una relación de riesgo¹¹⁹.

Ahora bien, no podemos perder de vista los supuestos en los que los sujetos pasivos son personas especialmente indefensas, ya sea porque son menores de edad, han sido declarados incapaces mediante sentencia civil, están aquejados de una enfermedad psíquica, etc. Ante esta cuestión, la doctrina se encuentra dividida: por un lado, se considera que estas personas, con base en su incapacidad civil para disponer, no pueden prestar un consentimiento válido y, por tanto, no se produce el resultado que debe producir el engaño, por lo que quedaría fuera del ámbito penal: el acto de disposición patrimonial no es una «decisión voluntaria movida por un engaño previo»¹²⁰. No obstante, por otro lado, un sector doctrinal considera que cuando la incapacidad del sujeto pasivo es tal que no existe ni un mínimo de voluntad, en el sentido jurídico de la misma, el acto de disposición es nulo y, por tanto, la conducta del sujeto activo supone, en realidad, una sustracción y no una defraudación¹²¹.

En cualquier caso, algunos autores, como ANTÓN ONECA, consideran que es un error utilizar conceptos civiles, como es el de la capacidad, en el ámbito penal. Por el contrario, lo correcto es acudir al caso concreto y valorar, conforme a las circunstancias del mismo, un «grado de madurez y sanidad mental» medio para que el engaño tenga la suficiente entidad como para inducir al sujeto pasivo a error¹²².

¹¹⁷ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa»#, *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo 4062/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de junio, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial, resuelve un caso similar. En una tienda de electrodomésticos, el comprador entrega un cheque sin fondos y el vendedor no comprueba la existencia de fondos. En este caso, el Tribunal Supremo no apreció la existencia de engaño puesto que, al tratarse de un profesional acostumbrado a la venta, debió extremar las precauciones y desconfiar de la supuesta solvencia del comprador, por lo que actúa sin la debida diligencia en su actividad profesional.

¹¹⁹ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa»#, *op. cit.*, p. 306. En su opinión, es difícil sostener esta teoría en este supuesto concreto, pero también la comparte.

¹²⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 70.

¹²¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 71.

¹²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, pp. 71-72.

- Acto de disposición patrimonial llevados a cabo con dudas. Un sector doctrinal considera que estos supuestos no quedan dentro del fin de protección de la norma y, por tanto, el nexo causal queda interrumpido, ya que cuando la víctima lleva a cabo el acto de disposición con ciertas dudas respecto al mismo, demuestra que ha tenido la posibilidad de autoprotegerse y evitar el perjuicio patrimonial mediante la comprobación de la información que había recibido previamente.

Aquí también podríamos aplicar la teoría de Roxin, conforme a la cual, aunque están presentes todos los elementos del tipo y la relación de riesgo, lo correcto es negar la imputación y, por ende, la consumación del delito de estafa, puesto que el tipo no lleva a cubrir estos supuestos. Sin embargo, esto no es óbice para considerar que existe una estafa frustrada y tener en cuenta la imprudencia de la víctima a la hora de calcular la pena que corresponda al sujeto activo¹²³.

IV. OTRAS FORMAS COMISIVAS.

1. ACCIONES CONCLUYENTES.

La doctrina y la jurisprudencia tradicional únicamente admitían como conducta engañosa aquella que iba acompañada de una acción por parte del sujeto activo, excluyendo los supuestos de omisión, que consideraban de un «menor desvalor» y, por tanto, debían ser atendidos en el ámbito civil. No obstante, esto provocaba una falta de protección del tipo penal inadmisibles, ya que quedaban fuera supuestos en los que, mediante una conducta silenciosa, se había producido efectivamente un engaño «bastante», así como los restantes elementos del tipo, pero no podían ser subsumidos en el mismo.

Por esta razón, la jurisprudencia comenzó a considerar como susceptibles de causar error en la víctima las denominadas «omisiones impropias»¹²⁴ o «acciones concluyentes», aquellos silencios que, de forma implícita, van acompañados de una «falsa afirmación de un hecho»¹²⁵ llevada a cabo mediante gestos o movimientos corporales tendentes a manifestar una determinada intención¹²⁶.

¹²³ PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa»#, *op. cit.*, pp. 307-309.

¹²⁴ En ese momento, todavía no se aceptaban las omisiones puras. De hecho, en la actualidad generan ciertas dudas, como veremos a continuación.

¹²⁵ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*#, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁶ MAYER LUX pone como ejemplo inclinar la cabeza, lo que equivale a afirmar «sí», o colocar productos delante de un cajero en un supermercado, lo que implica afirmar que se tiene intención de adquirir los mismos; MAYER LUX, L., «El engaño concluyente en el delito de estafa», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º. 3, Santiago de Chile, 2014, pp. 1031 y 1032.

Para tratar este tema, VALLE MUÑIZ utiliza conceptos civiles, en concreto, la definición de declaraciones de voluntad tácitas aportada por DÍEZ-PICAZO: «aquellas en que una persona realiza un determinado acto o adopta un determinado comportamiento, que sin declarar abiertamente ni manifestar una voluntad, por una parte permite presumir que tal voluntad existe y, por otra parte, permite a los demás inducir objetivamente un consentimiento contractual. La declaración de voluntad tácita es aquella que se realiza por medio de actos concluyentes (*per facta concludentia*)»¹²⁷.

En su opinión, el silencio puede ser considerado como una manifestación de voluntad, siempre y cuando así se determine tras el análisis del caso concreto. Para ello, habrá que considerar si existe entre las partes una relación de negocios continuada en el tiempo, las costumbres del tráfico económico y los usos propios de cada contratante¹²⁸.

De esta forma, si, por ejemplo, en una relación contractual una de las partes oculta a la otra una información esencial sobre el objeto del negocio cuando tenía el deber de manifestar dicha información, ya sea por imperativo legal o contractual, dicha posición de garante ya fundamenta la existencia de una acción concluyente por parte del autor: la intención que deriva de esa «omisión de información» no es más que la de engañar a la víctima e inducirle al error que, a su vez, cause el acto de disposición y el perjuicio patrimonial pretendido¹²⁹.

De esta forma, la postura de VALLE MUÑIZ es reconducir estas conductas omisivas que muestran una clara intención de engañar a acciones concluyentes y, a su vez, a acciones positivas. Este sería el caso, por ejemplo, de aquel que adquiere determinada mercancía, aun sabiendo que no iba a poder pagarla y sin ponerlo de manifiesto a la otra parte contratante, quien la entrega confiando en que sí le sería abonada como había ocurrido en las compraventas anteriores¹³⁰. Ahora bien, para que esta conducta concluyente sea típica, deberá cumplir con los criterios que he desarrollado previamente en sede de imputación objetiva¹³¹, pero no tiene por qué implicar la ruptura de un deber de garante¹³².

¹²⁷ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁸ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁹ En este ejemplo, VALLE MUÑIZ no pretende fundamentar una posición de garante sino utilizar ese deber como criterio interpretativo; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, p. 176.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 280/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de febrero, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

¹³¹ *Vid. supra.*, III. 2.2.2.C) *Teoría de la imputación objetiva*.

¹³² BAJO FERNÁNDEZ Y PÉREZ MANZANO lo señalan como diferencia respecto a los supuestos de silencio, que veremos a continuación en este mismo epígrafe BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial*#, *op. cit.*, p. 279.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, por su parte, aduce a la teoría del «todo está en orden» para justificar la existencia de estos actos concluyentes. Según esta corriente, existe engaño cuando el sujeto activo mantiene una actitud con la que pretende mostrar que «todo va bien», esto es, que o bien se han cumplido o bien se van a cumplir las circunstancias que socialmente se esperan de esa determinada acción¹³³.

Ahora bien, no todos los autores admiten esta teoría. En el caso de la «estafa de hospedaje»¹³⁴, por ejemplo, la mayoría de la doctrina rechaza la aplicación de esta tesis. QUINTANO, no obstante, sí considera que la actitud del sujeto activo en este tipo de casos da a entender que «todo está en orden» siempre y cuando se dé bajo las siguientes circunstancias: la insolvencia del autor no puede ser previsible y el ánimo de estafar debe ser previo a la estancia¹³⁵.

Sin embargo, es cierto que aquellos ordenamientos que recogen una enumeración de los supuestos que dan lugar a engaño en sus Códigos sí prevén un art. para la «estafa de hospedaje» y otros casos similares. A modo de ejemplo, podemos citar el CP francés, que recoge las llamadas «*filouterie*», aquellos supuestos en los que el autor, sabiendo que no va a poder pagar o no queriendo hacerlo, pide bebidas o alimentos en un establecimiento, reserva y ocupa estancias en hoteles y locales similares, llena su depósito de gasolina o utiliza un taxi o transporte público¹³⁶.

El Tribunal Supremo también ha determinado la existencia de estafa en este tipo de casos por considerar que se ha producido un engaño implícito¹³⁷. Ahora bien, en estos casos suele apoyarse en algún dato del caso que demuestre dicho engaño, como sería el uso de un nombre falso, si bien lo utiliza únicamente para reforzar la idea de que el ánimo defraudatorio era anterior a su conducta¹³⁸.

¹³³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁴ La «estafa de hospedaje» es un ejemplo clásico en la doctrina penalista que ha tratado el delito de estafa. En este supuesto, el sujeto activo decide hospedarse en un hotel pero después no paga su estancia, alegando ser insolvente.

¹³⁵ Por tanto, no habría engaño si el dolo es sobrevenido porque, por ejemplo, el huésped se queda sin dinero durante su estancia. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁶ Art. 313-5 del Code pénal, texto resultante de la Ordenanza nº 2005-759, de 4 de julio de 2005, en la traducción oficial al castellano ofrecida por Legifrance en su página web (<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>), consultada el 7 de mayo de 2019.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 2495/2001 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de marzo, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial; en esta Sentencia, el Tribunal Supremo aprecia una «estafa de hospedaje».

¹³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*#, *op. cit.*, p. 63.

2. SILENCIO Y COMISIÓN POR OMISIÓN.

Con todo, durante los años 70 del siglo pasado, el Tribunal Supremo se separó aún más de la doctrina y comenzó a admitir como engaño bastante aquellas conductas puramente omisivas, esto es, aquellas en las que se silencian u ocultan datos relevantes en una relación concreta, siempre y cuando existiese un «especial deber de eliminar el error»¹³⁹.

Un sector de la doctrina comparte la postura del Tribunal Supremo. En concreto, DOPICO GÓMEZ-ALLER diferencia entre actos concluyentes, que serían aquellos que sin el contexto concreto en el que se produce no tendrían el mismo significado, y «medias verdades», entendiendo por tales aquellas en las que el sujeto activo omite una matización en su afirmación que debía comunicar en virtud de un deber de información y, por tanto, el sujeto pasivo deduce un significado erróneo de la misma¹⁴⁰.

Ahora bien, tal y como apunta, en estos casos, el Tribunal Supremo exige que se pruebe tanto la infracción del deber de informar como el contenido exacto que debía haber sido manifestado por parte del sujeto activo para así determinar la existencia de una posición de garante¹⁴¹. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha basado en el deber genérico de avisar de las cargas de un determinado bien para considerar que hay conducta engañosa cuando el vendedor de un inmueble hace firmar al comprador del mismo un contrato en el que no se pone de manifiesto las cargas hipotecarias que gravan dicho inmueble, «afirmando, así, concluyentemente, que las mismas no existían»^{142, 143}.

En consecuencia, el Tribunal Supremo, así como la prácticamente totalidad de la doctrina penalista, rechaza la posibilidad de que una conducta «puramente» omisiva, sin que medie posición de garante, constituya el engaño bastante requerido por el tipo. Para ARROYO DE LAS HERAS¹⁴⁴, esta postura se basa en que la estafa, al ser un delito de resultado, requiere el «mantenimiento de un estado» hasta conseguir el mismo. Además,

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 10108/1990 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de abril, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial

¹⁴⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario»#, *op. cit.*, p. 200.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 157/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de febrero, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 1216/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de octubre, extraída de la base de datos del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁴³ Sin alejarme de la cuestión tratada en el presente trabajo, DOPICO GÓMEZ-ALLER define los «deberes precontractuales de información» para referirse a aquellos deberes de veracidad que «obligan» a ciertos sujetos a manifestar una determinada información a la otra parte contratante sin la cual ésta no accedería a llevar a cabo el contrato pretendido; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario»#, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁴ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*#, *op. cit.*, p. 42.

la estafa es una norma prohibitiva («no defraudes»), mientras que la omisión pura se ajusta a las normas de tipo preceptivo («ayuda a alguien en un momento determinado»¹⁴⁵). En esta misma línea se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, quien rechaza la posibilidad de que una conducta omisiva suponga la realización del tipo de estafa¹⁴⁶.

Resultan igualmente conflictivos los supuestos de «no sacar del error», aquellos en los que el sujeto pasivo ya está afectado por un error de forma previa a la intervención del sujeto activo y éste no evita el mismo. Por un lado, un sector doctrinal considera que en estos supuestos no hay estafa porque la omisión es posterior al error y, por tanto, no se da la relación causal exigida por el tipo. Por otro lado, otros autores mantienen la misma postura que el Tribunal Supremo en los casos anteriores, esto es, considerar que sí hay estafa cuando el autor tuviera un deber de sacar del error al sujeto pasivo¹⁴⁷.

Se diferencia de esta postura PÉREZ MANZANO¹⁴⁸, quien reconoce que efectivamente hay supuestos en los que falta ese nexo causal entre engaño (previo) y error, pero, al mismo tiempo, defiende que, si el «no sacar del error» supone aumentar el riesgo más allá de lo admitido por el tipo, sí estaremos ante una conducta típica.

Para poder determinar si efectivamente se ha elevado el riesgo «aceptado», PÉREZ MANZANO y BAJO FERNÁNDEZ¹⁴⁹ recurren igualmente a la teoría de la imputación objetiva, si bien variando los criterios en los que se basa la misma¹⁵⁰¹⁵¹. Estos autores consideran que la imputación objetiva debe basarse, por un lado, en la existencia o no de una posición de garante por parte del omitente, que éste pudiera evitar el error y que la no evitación del error equivalga a una acción que lo cause.

En primer lugar, la posición de garante se define como «la situación en la que se encuentra un sujeto al que incumbe el cumplimiento de una serie de deberes que pretenden garantizar la indemnidad de un bien jurídico»¹⁵² y que puede tener su origen

¹⁴⁵ Este sería el caso del art. 195 del CP, que recoge el delito de omisión al socorro y cuya infracción reside en que el sujeto activo está obligado a hacer algo (ayudar a otra persona) pero no cumple con dicho deber.

¹⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ define omisión como la «falta de realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico protegido»; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*#, pp. 358-359.

¹⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*#, pp. 75-76.

¹⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*#, p. 76.

¹⁴⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial*#, op. cit., pp. 272-273.

¹⁵⁰ Vid. *supra*, III. 2.2.2.C) Teoría de la imputación objetiva.

¹⁵¹ Esta variación en la teoría de la imputación objetiva sirve tanto para los supuestos de «no sacar del error» como para los de omisión pura que he mencionado anteriormente en este mismo epígrafe.

¹⁵² BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial*#, op. cit., p. 272.

en un deber impuesto por una ley, un contrato o una forma de actuación previa. Asimismo, los deberes de garante pueden ser clasificados en función de si el garante tiene como objetivo proteger un bien jurídico (vinculación familiar¹⁵³, asunción expresa de este deber de protección, etc.) o controlar fuentes de peligro (actuaciones previas, responsabilidad por la actuación de otras personas, etc.), si bien MIR PUIG considera que en ambos casos nos encontramos ante supuestos en los que el incremento del riesgo respecto al bien jurídico ha producido una situación de dependencia entre éste y el garante (en este caso, omitente)¹⁵⁴.

En segundo lugar, la posibilidad de evitar el error supone que el garante tenía capacidad para ello por sí mismo y que la conducta omitida efectivamente hubiera evitado la inducción a error de la víctima, para lo que habrá que realizar un juicio de previsibilidad similar a la causalidad que se requería en la imputación objetiva en delitos causados por acción¹⁵⁵.

Finalmente, la equivalencia entre la omisión y la realización por acción del tipo se constata actualmente mediante una cláusula que permite sancionar conductas omisivas más allá de los «tipos prohibitivos de causar»¹⁵⁶. Esta cláusula se encuentra recogida en nuestro ordenamiento en el art. 11 del CP, introducido mediante la Ley Orgánica 10/1995¹⁵⁷ y muy similar a la fórmula propuesta por el §13 StGB.

Este art. establece que habrá comisión por omisión de un delito en el que, en principio, no tiene cabida esta forma omisiva cuando concurren los siguientes requisitos: la infracción penal debe consistir en la producción de un resultado, la no evitación del resultado por parte del autor es la causa del mismo, y que la no evitación del resultado concorra con la infracción de un «especial deber jurídico del autor».

Asimismo, este precepto indica que habrá equivalencia entre la conducta omisiva y la acción cuando exista un deber legal o contractual de actuar o cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión anterior.

¹⁵³ En cualquier caso, la relación entre el autor y la víctima también puede ser usada para graduar la pena por este delito, tal y como indica el art. 249 del CP.

¹⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial*#, op. cit., p. 272.

¹⁵⁵ Vid. *supra*, III. 2.2.2.C) *Teoría de la imputación objetiva*.

¹⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial*#, op. cit., p. 273.

¹⁵⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Sobre la primera de estas exigencias, la obligación de actuar, ARROYO DE LAS HERAS¹⁵⁸ afirma que ésta debe ser interpretada de forma extensiva y basada en las exigencias de la buena fe. En este sentido, apunta que la buena fe contractual no solo se limita al cumplimiento de lo acordado en el contrato, sino también a la buena fe, al uso y a la ley¹⁵⁹. Ahora bien, esto no implica que se deba ampliar a cualquier consecuencia contractual por muy ética o moral que sea, salvo que se ajuste a los principios generales del Derecho¹⁶⁰.

Respecto a la segunda, la creación de una situación de riesgo por parte del omitente, ARROYO DE LAS HERAS considera que, si el sujeto activo ha sido capaz de poner en peligro el bien jurídico protegido y, después, lleva a cabo una conducta omisiva sin impedir el perjuicio patrimonial, será responsable del delito de estafa por comisión por omisión¹⁶¹.

Sin embargo, VALLE MUÑIZ difiere de esta afirmación. En su opinión, la cláusula de equivalencia¹⁶² únicamente admite aquellos delitos puramente «resultativos», es decir, aquellos que giran básicamente alrededor de la producción de un resultado. No obstante, el delito de estafa requiere tanto un resultado (el perjuicio patrimonial) como un medio o una conducta específica para llegar a éste (el engaño bastante, causante y antecedente).

En consecuencia, VALLE MUÑIZ rechaza de forma absoluta la comisión por omisión del delito de estafa, ya que supone realizar una aplicación analógica de un precepto penal, algo que afecta al principio de legalidad y de seguridad jurídica. Por tanto, para este autor no cabe la tipicidad de «meras conductas omisivas», sino solamente aquellas que tengan un carácter concluyente y cumplan con los criterios previstos en sede de imputación objetiva^{163, 164}.

¹⁵⁸ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*#, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁹ Así lo prevé el art. 1258 del Código Civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

¹⁶⁰ Entre los que se encuentra, como acabamos de ver, la buena fe contractual (art. 7.1 del Código Civil).

¹⁶¹ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*#, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶² Cabe señalar que, en el momento en el que VALLE MUÑIZ realizó tal afirmación (1987), todavía no había sido introducida la cláusula de equivalencia en nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 11 del CP. No obstante, el autor se basa en la redacción del §13 StGB que, como he comentado anteriormente, sostiene la misma fórmula que el art. 11 del CP.

¹⁶³ Me refiero a la teoría de la imputación objetiva en los casos de omisión vista anteriormente en este mismo epígrafe, desarrollada por PÉREZ MANZANO y BAJO FERNÁNDEZ.

¹⁶⁴ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*#, *op. cit.*, pp. 180-183.

Por último, en la misma línea se pronuncia CHOCLÁN MONTALVO¹⁶⁵, quien parte de la idea de que si el delito de estafa supone la producción de un resultado mediante un comportamiento específico (el engaño bastante), es imposible que una mera omisión comporte la carga comunicativa exigida por el tipo, excepto que ésta tenga carácter concluyente¹⁶⁶.

Pese a ello, CHOCLÁN MONTALVO rechaza la posibilidad de que el omitente no sea responsable de una participación por omisión en un delito de estafa cuando un tercero haya actuado de forma activa, el omitente tuviera una posición de garante respecto a la víctima y, además, haya favorecido a la realización del tipo¹⁶⁷.

V. CONCLUSIONES.

Durante el presente trabajo, he intentado desarrollar las teorías doctrinales y jurisprudenciales que giran en torno al engaño como elemento típico del delito de estafa, así como los diversos problemas que han ido surgiendo respecto a éste a lo largo de la Historia. No obstante, considero necesario adoptar en este punto una posición puramente personal sobre lo expuesto anteriormente.

En primer lugar, comparto la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en España según la cual es de poca utilidad centrarnos en definir el concepto de «engaño» por sí mismo. Por un lado, entrar a delimitar con tanto detalle el significado de una palabra supone alejarse de forma radical del ámbito, ya no penal, sino jurídico, algo para lo que ni estamos preparados ni es nuestro cometido como juristas, por lo que debemos dejar este asunto a los profesionales de la filología. De hecho, lo importante para nosotros es determinar qué comportamiento es relevante para el Derecho y, en concreto, para la rama penal, más allá de la definición genérica que se pueda dar a dicha conducta.

Además, en mi opinión, la mayoría de estos autores¹⁶⁸ están, en realidad, argumentando qué conducta engañosa es típica a efectos del delito de estafa, y no definiendo el «engaño» como tal, ya que muchas de sus tesis pueden encontrarse después en las corrientes que se centran en delimitar el «engaño típico»¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Al contrario que VALLE MUÑIZ, todas las afirmaciones se realizan una vez introducido el art. 11 del CP; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 166-168.

¹⁶⁶ En cuyo caso, estaríamos ante un engaño concluyente, *vid. supra. IV.1. Acciones concluyentes*.

¹⁶⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*#, p. 168.

¹⁶⁸ Todos los citados en el apartado que trata este asunto, *vid. supra. III.1. Concepto de engaño*.

¹⁶⁹ Es el caso de, entre otros, los autores que definen el engaño como la infracción de un deber de veracidad, puesto que es francamente difícil argumentar que todo engaño, incluso fuera del ámbito penal, supone dicha infracción. Por el contrario, esto encuentra más sentido si se menciona al hablar de, por ejemplo, el silencio como conducta comisiva del delito de estafa, en el que se hace referencia a la posición de garante del sujeto activo, *vid. supra. IV.2. Silencio y comisión por omisión*.

En segundo lugar, las teorías descritas sobre el engaño típico suponen más bien una presentación del desarrollo histórico en la doctrina penal. Entiendo que, en un primer momento, se intentara restringir al máximo el ámbito penal para evitar la aplicación del mismo, derivando la mayor parte de los fraudes al orden civil. Este, en mi opinión, es el objetivo que busca la teoría de la puesta en escena, así como sus autores, quienes apuestan únicamente por un engaño activo como conducta típica.

No obstante, si bien el ámbito de aplicación del Derecho penal debe estar muy bien delimitado y con base en un orden lógico precisamente porque las sanciones que acarrea afectan a derechos y libertades fundamentales, no podemos dejar de lado determinadas conductas que, en supuestos concretos, suponen una importante lesión al bien jurídico protegido (en este caso, el patrimonio de la víctima), solo porque el autor no utilizó «maquinaciones o maniobras fraudulentas» para ello.

En definitiva, esta falta de protección penal debía provocar, y así sucedió, una evolución en la doctrina y la jurisprudencia, que comenzaron a admitir conductas engañosas que, primero, no iban acompañadas de una determinada «puesta en escena» y, segundo, a veces ni siquiera eran conductas activas. Básicamente, la teoría de la «*mise en scène*» es una teoría que, pese a que pudo ser útil en un momento concreto de la Historia, ha sido superada con creces.

Asimismo, la tesis basada en la buena fe contractual supone un paso intermedio entre la anterior y las fórmulas abiertas, puesto que no supone una delimitación clara del engaño típico, sino que únicamente aboga por utilizar como criterio la ruptura de la buena fe en el tráfico jurídico, por lo que personalmente entiendo que, más que una teoría sobre el concepto de engaño típico, los autores que la defienden simplemente están aportando su posición respecto a teorías sobre el nexo causal que comentaré a continuación (teoría de la equivalencia de condiciones, etc.).

Es por ello que considero que la teoría de la simple mentira o las fórmulas abiertas supone la posición correcta desde la que comenzar a analizar si una conducta concreta es típica: no importa tanto la forma (acción, omisión o actos concluyentes) en la que se ha llevado a cabo dicho engaño, sino que éste haya provocado el error en la víctima y, sucesivamente, el resto de elementos exigidos en el art. 248 del CP.

La misma opinión merece, en tercer lugar, las tesis utilizadas para determinar la eficacia causal de esta conducta engañosa. La mayoría, por no decir la totalidad, de la doctrina y la jurisprudencia ha superado ya las teorías causales como la de la equivalencia de condiciones o la causalidad adecuada, puesto que sus criterios provocaban igualmente

una falta de protección penal inadmisibles, así como estar basados en argumentos difícilmente justificables¹⁷⁰.

En consecuencia, la teoría de la imputación objetiva es, en mi opinión, el lugar al que tanto jurisprudencia como doctrina debían llegar ya que, por el momento, es la única que ofrece los criterios más ajustados para determinar el nexo causal entre el engaño «bastante» y el error de la víctima, sin dejar sin protección penal supuestos que sí estarían fuera con base en las teorías causales anteriores.

En cuarto y último lugar, la cuestión de las formas comisivas del delito de estafa es, quizá, la que causa más debate actualmente entre los autores y los tribunales que se enfrentan a este tipo. Personalmente, coincido con ANTÓN ONECA cuando afirma que la mayor parte de las conductas omisivas que se presentan tanto en la realidad como en ejemplos aportados por los autores que tratan este tema son, de hecho, acciones concluyentes.

Todas se refieren a conductas en las que, sin tener que manifestar de forma expresa una mentira, o ni siquiera palabras, los usos sociales y económicos dotan a dichos comportamientos de un significado que nadie pone en duda. En este sentido, sería absurdo que un cliente, al entrar a un establecimiento, pusiera de manifiesto de forma expresa su intención de pagar por los bienes o servicios que va a recibir en el mismo, e igualmente lo sería, llegando a resultar incluso irrespetuoso, que los empleados del mismo se aseguraran de que ese cliente es solvente para abonar el precio estipulado.

Sin embargo, no comparto la idea de que con estos comportamientos se está quebrantando el principio de buena fe, sino que simplemente se rompe con aquello que la sociedad, tras el paso del tiempo, ha entendido e impuesto tácitamente¹⁷¹. Además, hay supuestos en los que la conducta es defraudatoria, ya no porque no sigue el principio de buena fe, sino por la posición de garante en la que se encuentra el autor, que no tiene ni siquiera que basarse en una relación contractual, sino en una mera relación especial (familiar, de amistad, etc.).

Esta es precisamente la razón por la que considero que una conducta omisiva, aun sin tener un significado concluyente (si bien es, insisto, ciertamente difícil), puede constituir el «engaño bastante» exigido por el tipo.

¹⁷⁰ Sin ánimo de repetir lo ya expuesto, *vid. supra. III.2.2.A) Teoría de la equivalencia de condiciones y III.2.2.B) Teoría de la causalidad adecuada.*

¹⁷¹ Todos somos capaces de entender que si entras a un restaurante es porque tienes intención de pagar el servicio, por ejemplo.

Ahora bien, esta posibilidad tampoco puede suponer que absolutamente cualquier conducta sea relevante penalmente, puesto que un exceso de protección penal, en mi opinión, resulta tan negativo como la falta de la misma. Por tanto, además de que hay que tener en cuenta la autoprotección de la víctima, como se ha descrito anteriormente en sede de imputación objetiva respecto a las conductas omisivas¹⁷², habrá que estar a la existencia de una posición de garante ostentada por el autor y que el sujeto activo haya podido evitar el error, ya que sólo así puede afirmarse la conducta dolosa del autor.

No obstante, pese a que reconozco que la cláusula del art. 11 del CP es, sin duda, la única forma de reconducir las conductas omisivas a este tipo de delitos, no puedo evitar diferir en algunos aspectos de las exigencias que presenta.

Respecto al deber legal o contractual de actuar que necesariamente debe concurrir en el autor, considero que debe interpretarse de forma extensiva, puesto que, como he explicado previamente, existen otras relaciones de las que, en algún sentido, deriva una posición de garante que debe mantener el autor precisamente por el carácter afectivo de dicha relación. Por tanto, habrá que atender tanto a las obligaciones de origen legal y/o contractual como a las derivadas de la buena fe¹⁷³ o las costumbres, teniendo siempre presente la debida diligencia que debe mantener el sujeto pasivo en sus relaciones económicas y sociales.

Asimismo, no comparto la opinión de ARROYO DE LAS HERAS sobre el segundo requisito, la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido por el omitente, y según la cual habrá comisión por omisión cuando el sujeto activo provoque esta situación de riesgo y después no hace nada por evitar la inducción a error. Por el contrario, considero que la conducta engañosa en estos supuestos es esa primera acción a la que se refiere el autor y con la que el sujeto activo pone en peligro el bien jurídico protegido, no la conducta omisiva que mantiene después. De hecho, la mayoría, por no decir la totalidad, de los supuestos de estafa encajan en esta descripción y no por ello son ejemplos de comisión por omisión: en cualquier conducta defraudatoria, el autor crea un riesgo sobre el patrimonio de la víctima y, como es lógico, después no intenta evitar el error en la víctima, salvo que se arrepienta.

En definitiva, considero que puede haber conductas omisivas que por sí solas constituyan el engaño típico al que se refiere el tipo y que éstas deben ser reconducidas

¹⁷² *Vid. supra., IV.2. Silencio y comisión por omisión.*

¹⁷³ En este caso, sí podría servir como criterio para determinar el carácter de «bastante» de una conducta engañosa concreta.

por la cláusula del art. 11 del CP, si bien con las matizaciones que acabo de realizar. No obstante, al mismo tiempo también reconozco que estas conductas son muy minoritarias en la realidad práctica, puesto que, si analizamos cada supuesto con detenimiento, la gran parte de éstos pueden ser reconducidos a las llamadas «acciones concluyentes».

VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.

1. BIBLIOGRAFÍA.

- ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Mascareñas (dir.), t. IX, Francisco Seix, Barcelona, 1958.
- ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal: parte especial. Vol. 2: Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español: parte general. Vol. II, Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2009.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario», en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Pozuelo Pérez (coord.), Comares, Granada, 2012.
- IZQUIERDO SÁNCHEZ, C. (2018). *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*. Barcelona. Atelier.
- MAYER LUX, L., «El engaño concluyente en el delito de estafa», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, nº. 3, Santiago de Chile, 2014.
- PÉREZ MANZANO, M., «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann* (celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico del delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Editorial B de F, Montevideo, 2003.
- VALLE MUÑOZ, J.M., *El delito de estafa: delimitación jurídico penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 1987.

2. WEBGRAFÍA.

- Legifrance; <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>
- Real Academia Española; <http://www.rae.es/>
- Revista jurídica *Mondo Diritto*; <http://www.mondodiritto.it/codici/codice-penale/art-640-codice-penale-truffa.html>
- Universidad de Friburgo; https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

VII. JURISPRUDENCIA.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1886.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1945.
- Sentencia del Tribunal Supremo 10108/1990 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2935/1993 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1216/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 280/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4062/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2495/2001 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3168/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2509/2003 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de abril.

- Sentencia del Tribunal Supremo 1135/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 157/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 37/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 918/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4332/2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3813/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 1 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo 605/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de febrero.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 1128/2000 (Sección 2ª), de 13 de julio.

- Sentencia del Reichsgericht HRR 1928, Nr. 389